Die bedingte Aufrechnung

Inauguraldissertation.
Zur Erlangung
der Doktorwürde der Juristischen Fakultät
der Universität Marburg

vorgelegt von

Referendar **Margarete Nahrwold**
aus Minden (Westf.)

Referent:
Geh. Justizrat Professor Dr. Leonhard

Druck von J. C. C. Bruns in Minden (Westf.)

Skizze.

§ 1. Einleitung: Darlegung des Problems.

I. Abschnitt.

Die Frage nach der Zulässigkeit der Eventualaufrechnung.

§ 2.

A. Ist Eventualaufrechnung als bedingte Aufrechnung nach § 388 B.G.B. ungültig? Frage bejaht

I. von Förtsch (Gruch. 42, S. 225 ff.)

1. Begründung aus Motiven (II, S. 108) und Analogie der Zahlung mit der Aufrechnung.
2. Widerlegung: Analogie hier unrichtig, da beide Rechtsgeschäfte von Gesichtspunkten aus verglichen werden, die jene verschieden erscheinen lassen müssen.

II. von Martinius (Arch. brgl. R. 24, S. 295) und Weigelin (S. 135, 137): Unterscheidung zwischen bedingter Aufrechnung und Vorbehaltsaufrechnung. Nur letztere gültig. — Abzulehnen, da Konstruktion der Vorbehaltsaufrechnung widerspruchsvoll; vgl. unten § 3.

B. Eventualaufrechnung muß aus praktischen Gründen trotz § 388 B.G.B. gültig sein.

II. Abschnitt.

Der Beweis der Zulässigkeit.

§ 3. Handelt es sich bei der Eventualaufrechnung um eine wirkliche Bedingung?

A. 1. Konstruktion: Bedingung bei der Eventualaufrechnung ist nur eine besonders betonte condicio iuris: Bestehen der Gegenforderung (so h. M.). Dagegen ist einzuwenden:

I. Aufrechnung gegen eine Nichtschuld möglich. (Leonhard in Arch. brgl. R. 21 S. 171 ff.)

1. Einwände der Gegner:
   a) Aufrechnung gegen Nichtschuld vertrage sich nicht mit der in § 389 ausgesprochenen Rückwirkung und der sich hieraus ergebenden Selbstkompensation („ipso iure compensatur“). — Abzulehnen, da
      α) Selbstkompensation sich weder aus römischen Quellen noch aus heutigem Recht rechtfertigen läßt,
      β) Prinzip der Rückwirkung mit dem Gesetz in Widerspruch steht und u. U. zu unbilligen Ergebnissen führen kann;
   b) Aufrechnung gegen Nichtschuld widerspreche § 387 B.G.B. (Weigelin S. 59/60). — Abzulehnen, da auf Wortlaut kein großes Gewicht zu legen ist;
   c) mittels Aufrechnung gegen Nichtschuld lasse sich die für Verzicht erforderliche Vertragsform umgehen (Siber S. 99). — Unrichtig, da solche Erklärung nach 117 B.G.B. nichtig sein würde.

2. Begründung unserer Ansicht.

a) aus der Analogie mit der Zahlung. Streitfrage, ob Anerkenntnis (h. M.) oder Tilgungsbestimmung (Leonhard, Arch. brgl. R. 24. 205) gemeinsames Moment. Gemeinsames Moment der unbedingten Zahlung und Aufrechnung ist allerdings Anerkenntnis, bei bedingter Zahlung und Aufrechnung fehlt Anerkenntnis, hier gemeinsames Moment: Tilgungsbestimmung.

b) auf Grund der prakt. Erprobung und Billigkeit (Verjährung!)

II. Gesetzliche Voraussetzung müßte auch dann wirken, wenn nicht vorgebracht; dies unzulässig.

B. 2. Konstruktion: Eventualaufrechnung=Vorbehaltsaufrechnung; vgl. oben § 2 A, II.

C. Eventualaufrechnung ist wahrhaft bedingte Aufrechnung, dies folgt aus typischem Wortlaut einer Eventualaufrechnung.

§ 4. Beurteilung der Versuche, die Eventualaufrechnung als eine bedingte Aufrechnung gegenüber § 388 B.G.B. zu rechtfertigen.

A. Die Bedingung als eine condicio in praesens aufgefaßt.

1. Begründung aus Grundsatz der Einheitlichkeit der mündlichen Verhandlung. Erklärung sei unter der Bedingung, daß Gegenforderung feststehe, vorgebracht und müsse während des Prozesses als dauernd wiederholt angesehen werden. (Liebknecht S. 158 ff.).

2. Widerlegung: Theorie entbehrt gesetzlicher Grundlage.

B. Beweis der Gültigkeit aus § 209 B.G.B. (Hellwig System I S. 662, Siber S. 118), der sich nur auf Eventualaufrechnung beziehen soll. Unrichtig, da § 209 sich noch auf viele andere Fälle bezieht.

C. Beweis durch § 145 C.P.O. (Oertmann S. 270), abzulehnen, da nicht gesagt, daß mit der noch nicht vollwirksamen Aufrechnung des § 145 Eventualaufrechnung gemeint sei.

D. Beweis aus § 54 K.O.; (Endemann S. 840); abzulehnen, da Bestimmung sich nur auf Konkurs bezieht.

E. Eventualaufrechnung als Prozeßaufrechnung, für die § 388 B.G.B. nicht in Frage komme, aufgefaßt (Oertmann, S. 40 ff.).

I. Begründung aus §§ 209, 215 B.G.B.: Diese Bestimmungen müsse man entweder auf Eventualaufrechnung deuten — die aber ungültig nach § 388 B.G.B. — oder besonderes Institut der Prozeßaufrechnung annehmen, da sonst § 215 sinnlos.

II. Widerlegung:

1. Wirkungskreis des § 215 ist, auch wenn nicht auf Eventualaufrechnung bezogen, noch groß.

2. Geschichte der Kompensation spricht gegen Annahme eines besonderen Instituts der Prozeßaufrechnung.

Einwände der Gegner:

a) Im Corpus Juris auch Stellen über Aufrechnung im Prozeß. — Einwand dringt nicht durch, da Aufrechnung sich naturgemäß im Anschluß an Prozeß entwickelt hat.

b) Im römischen Recht habe es keine einseitige Aufrechnung gegeben, sondern nur Kompensationsvertrag. — Dies nach den

Rechtsquellen unzutreffend. Römisches Recht kennt nur einseitige Aufrechnung der Parteien untereinander, deren Ergebnis der Richter nur feststellt.

Ebenso Praxis des gemeinen Rechts (R.G.E. 11, S. 119), während nach Theorie (Windscheid II, S. 327) Kompensation durch Richter. Letztere Ansicht nicht ins B.G.B. übergegangen, daher keine Prozeßaufrechnung im heutigen Recht.

F. Nicht Aufrechnung, sondern Ermächtigung des Richters zum Aufrechnungsvollzug als an Bedingung geknüpft angesehen. (Thon, dogm. Jahrb. 60, 771). — Theorie abzulehnen, da auf Prozeßaufrechnung hinauslaufend.

G. Bedingung der Eventualaufrechnung als kurzfristige — nicht unter § 388 B.G.B. fallende — Bedingung aufgefaßt. (Staudinger zu 388). — Unrichtig, da Gesetz nicht zwischen kurz- und langfristigen Bedingungen unterscheidet.

H. Aufrechnungsgegner könne stets durch unbedingte Gegenaufrechnung, die durch Eventualaufrechnung hervorgerufene Unsicherheit, deren Vermeidung Zweck des § 388 B.G.B. sei, beseitigen. (Stölzel, Schulung II S. 232). — Theorie abzuweisen, da oft Gegenaufrechnung nicht möglich oder keinen Nutzen gewährt.

§ 5. Lösung des Problems.

A. Aus Tatsache, daß Eventualaufrechnung meistens für gültig angesehen, folgt, daß großes Bedürfnis für Zulässigkeit der Eventualaufrechnung bestehen muß.

B. Eventualaufrechnung ist zulässig wegen Zwangslage des Beklagten im Prozeß. (Leonh. Aufrechnung S. 150).

I. Auch außerhalb des Prozesses ist wegen Zwangslage die Zulässigkeit der Aufrechnung erwünscht

1. für den Schuldner:
   a) wenn er Barzahlung vermeiden will,
   b) wenn er Grundstück lastenfrei verkaufen muß und Hypothekengläubiger Rückzahlung nicht annehmen will;
   c) wenn Ratenforderung tilgen will, um der Verpflichtung zur Zahlung der Gesamtsumme zu entgehen;
2. für den Gläubiger, wenn er unsicheren Schuldner hat.

II. Zwangslage des Beklagten noch größer im Prozeß. Hier Zulassung der Eventualaufrechnung erforderlich

1. weil unbedingte Aufrechnung ihm Gegenforderung kosten würde,
2. weil Aufrechnung nicht in Vollstreckungsinstanz nachgeholt werden kann,
3. weil Vollstreckungsgegenklage — selbst wenn zulässig (Staudinger zu 389, Leonhard Aufrechnung S. 156; a. A. R.G.E. 64, S. 229) wenig nützt,
4. weil keine Einstellung der Zwangsvollstreckung gegen Sicherheitsleistung möglich (§ 707 Z.P.O.).

C. Eventualaufrechnung auch außerhalb des Prozesses gültig, wo Schuldner in gleicher Zwangslage. Begründet durch Analogie mit Zahlung.